

Prof. Dr. Gabriele Britz

## **Pandemiestarre Drähte im Kopf zum Schwingen bringen**

*Vortrag in der Frankfurter Gesellschaft für Handel, Industrie und Wissenschaft am 14.1.2022*

### I.

Sie kennen und erinnern sich vielleicht an jene Fischparabel, die *David Foster Wallace* 2005 zum Ausgangspunkt seiner Ausführungen über das Denken gemacht hat: *Schwimmen zwei junge Fische des Weges und treffen zufällig einen älteren Fisch, der in die Gegenrichtung unterwegs ist. Er nickt ihnen zu und sagt: „Morgen, Jungs. Wie ist das Wasser?“ Die zwei jungen Fische schwimmen eine Weile weiter, und schließlich wirft der eine dem anderen einen Blick zu und sagt: „Was zum Teufel ist Wasser?“* \* Eine Pointe der Fischgeschichte ist, erklärt uns Wallace, dass offensichtliche, allgegenwärtige Tatsachen oft schwer zu erkennen sind; sie sind verdeckt von unseren unbewussten, wie er sagt: fest verdrahteten Standardeinstellungen, in denen wir sehen und interpretieren. Wenn wir den Standardmodus nicht verlassen, können unserer Wahrnehmung Dinge entgehen, die uns so unbewusst-selbstverständlich sind, wie den Jungfischen das Wasser. Allerdings erschwert die Standardeinstellung nicht nur den Blick auf Offensichtliches, sondern auch auf das Ungewöhnliche und auf die Möglichkeit des Unwahrscheinlichen. Wallace ermuntert auf wunderbare Weise dazu, Standardeinstellungen zu überwinden, und je länger man ihm folgt, umso mehr scheinen sich die eigenen, pandemiegeplagt starrer gewordenen Drähte im Kopf in Schwingung zu versetzen.

### II.

[...]

### III.

Gehen wir gleich mitten hinein: Ende vergangenen Jahres hat das Bundesverfassungsgericht zwei Beschlüsse über Maßnahmen der sogenannten Bundesnotbremse und einen Beschluss zu einer speziellen Frage pandemiebedingter Triage gefasst. Die Freiheitsbeschränkungen durch die Bundesnotbremse haben die Öffentlichkeit ausführlicher bewegt. Darum soll es hier gehen. Das Bundesverfassungsgericht hat Kontakt- und Ausgangsbeschränkungen und auch Schulschließungen unter den Umständen des Frühjahrs 2021 auf Grundlage der bei Verabschiedung des Gesetzes vorhandenen Erkenntnisse zur Virusübertragung als verfassungsgemäß angesehen. Die Regelungen griffen intensiv in unterschiedliche Grundrechte ein. Die Anforderungen an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung waren daher hoch. Aber sie waren nach einhelliger Überzeugung des Senats erfüllt: Die Regelungen verfolgten das verfassungsrechtlich legitime und gebotene Ziel, die Verbreitung des Virus zu verlangsamen, um eine Überlastung des Gesundheitssystems zu vermeiden und so letztlich Leben zu retten; eine hinreichende Effektivität durfte nach damaligem Erkenntnisstand erwartet werden. Es gab verschiedene Ausnahmetatbestände, die die

Freiheitsbeschränkungen milderten. Und die Maßnahmen waren sehr kurz befristet, galten nämlich maximal gut zwei Monate.

Die gesellschaftliche Diskussion kreiste vor allem um die Ausgangsbeschränkung, die auf besondere Ablehnung gestoßen ist - in zahlreichen Verfassungsbeschwerden dokumentiert. Auf sie will ich mich konzentrieren. Die Ausgangsbeschränkung galt grundsätzlich zwischen 22 Uhr und 5 Uhr; wer alleine spazieren gehen wollte, konnte dies bis Mitternacht tun. Anschließend konnte den gewählten Ort bis 5 Uhr nur noch verlassen, wer einen gesetzlichen Ausnahmegrund hatte (Beruf, Kindessorge, Betreuung, medizinischer Notfall und Vergleichbares). Wenn in Verfassungsbeschwerden besonders oft beklagt wurde, dass die Möglichkeit zum nächtlichen Spaziergang entfalle, mögen Sie fragen, ob es wirklich so wichtig ist, mitten in der Nacht spazieren gehen zu können? Verglichen gerade mit anderen Notbremse-Maßnahmen, mag die Ausgangsbeschränkung harmloser erscheinen. Etwa im Vergleich zur rigorosen Kontaktbeschränkung; um diese Belastung angemessen beurteilen zu können, hat das Bundesverfassungsgericht den Grundrechtsschutz eigens als Schutz gegen Vereinsamung fortentwickelt. Oder wenn man das Verbot des nächtlichen Spaziergangs mit wochenlangen Schulschließungen vergleicht, denen das Bundesverfassungsgericht hier erstmals Grundrechte in ihrer Ausprägung als Recht auf schulische Bildung entgegengehalten hat.

#### IV.

Wie ist dann der Protest speziell gegen die Ausgangsbeschränkungen zu erklären? Fünf Versuche der Erklärung seien unternommen:

1. Zunächst ist da auch ein *Missverständnis*. Manche haben einen unzutreffenden gesetzlichen Zweck der Ausgangsbeschränkung zugrunde gelegt. Sie wandten ein, die Infektionsgefahr sei doch im Freien - zumal nachts – viel geringer als in Innenräumen. Das ist richtig, und diese Ausgangsbeschränkung wäre mit einem Ziel, die Ansteckung im Freien zu vermeiden, wohl schwer zu rechtfertigen gewesen. Tatsächlich wollte der Gesetzgeber aber nicht Zusammenkünfte im Freien angehen, sondern abendliche Zusammenkünfte in Innenräumen. Um zur Durchsetzung dieser Beschränkung nicht in Wohnungen eindringen zu müssen, sollte schon die Möglichkeit dort zusammenzutreffen erschwert werden: über leicht zu kontrollierende Ausgangsbeschränkungen. Zweck war also nicht, Infektionen im Freien zu verhindern, sondern die Wirksamkeit der Kontaktbeschränkungen in Innenräumen zu verstärken. Für den damaligen Zeitpunkt war die Möglichkeit dieser Wirkung ausreichend belegt. Ob es reichen würde, um Ausgangsbeschränkungen nochmals und über längere Zeit zu rechtfertigen, wäre ein andere Frage.

2. Mit etwas Küchenpsychologie mag der beharrlich vorgetragene nächtliche Spazierwunsch zweitens als Hinweis auf eine gewachsene *Verfangenheit im eigenen Bedürfniserleben* gelesen worden sein. Manchen erschien der dringende Wunsch, nach Mitternacht spazieren gehen zu können, im Angesicht der Särge von Bergamo oder im Vergleich zu monatelang geschlossenen Schulen wundersam. Brach sich, könnte man aus dieser Sicht fragen, in der Forderung nach Spazierfreiheit der Stress der

von der andauernden Pandemie Erschöpften Bahn? War dies Ausdruck einer generell abnehmenden Fähigkeit zur Selbstdistanz? Und beobachten wir nicht vielleicht alle an uns, dass nach den vielen Monaten der Pandemie und fortlaufend erforderlichen Rücksichtnahmen unsere emotionalen und intellektuellen Fähigkeiten nachlassen, eigene Bedürfnisse und Wahrnehmungen zu relativieren?

3. Daran schließt direkt ein dritter, nennen wir ihn den *liberalen* Erklärungsversuch an: Muss nicht die Möglichkeit in Betracht gezogen werden, dass der nächtliche Spaziergang für einige doch von wirklich tiefer Bedeutung ist? Sind also am Ende die anderen – nämlich alle, die den Nachtspaziergang für banal halten - diejenigen, die zu sehr in ihren Standardeinstellungen verfangen sind? [...]

4. Ein vierter Erklärungsversuch. Spielt vielleicht auch *enttäuschte Liebe* eine Rolle? Hat gerade das Bundesverfassungsgericht, indem es trotz vieler Verfassungsbeschwerden nicht gegen die Ausgangsbeschränkung eingeschritten ist, jene enttäuscht und dann irgendwie in ihrer Ablehnung der Maßnahme bestärkt, die im Gericht den Garanten ihrer Freiheit sahen? War das Gericht zu langsam, politiknah abgehoben, nicht mehr das selbsterklärte „Bürgergericht“? Das wird gesagt. Aber hätte solche Enttäuschung plausible Grundlagen?

a) Zur Langsamkeitsthese: Die Bundesnotbremse trat im April 2021 in Kraft. Aufgrund unmittelbar erhobener Verfassungsbeschwerden hat das Gericht gleich die zur Gewährung rechtlichen Gehörs und zur sachkundigen Aufklärung hier erforderlichen Stellungnahmen eingeholt; dafür hat es eine sehr kurze Frist gesetzt. Zur weiteren Beschleunigung wurde auf eine mündliche Verhandlung verzichtet. Beide Verfahren wurden im November durch Senatsentscheidungen in der Hauptsache abgeschlossen. Das war nicht langsam, sondern ungewöhnlich schnell. Im Eilverfahren hatte der Senat sogar schon am 5. Mai, sachlich durchaus weitreichend, zur Ausgangsbeschränkung gesprochen - wenn auch nicht mit dem von den Beschwerdeführenden erhofften Ergebnis.

b) War das Gericht zu politiknah? Das vielzitierte „Abendessen mit der Bundesregierung“ im letzten Sommer. Der Präsident des Bundesverfassungsgerichts hatte gebeten, das regierungsseitig für das Treffen vorgeschlagene Thema „Die Handlungsfähigkeit der bundesstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes im globalen Krisenfall“ zu ersetzen durch das Thema „Entscheidung unter Unsicherheiten“. Im Anschluss machten Zweifel an der Unvoreingenommenheit des Gerichts und Befangenheitsvorwürfe die Runde. Lassen Sie uns aber noch einmal nüchtern fragen: Wie plausibel ist es, dass der Präsident des Bundesverfassungsgerichts, indem er um Ersetzung des Krisen-Themas bat, der Bundesregierung Gelegenheit geben wollte, dem Bundesverfassungsgericht mit einem Abendessen auch gleich noch die Ausgangsbeschränkungen schmackhaft zu machen? Wer nachdenkt, wird sehen, dass das glatte Gegenteil viel näher liegt. Die zuerst vorgeschlagene Diskussion von Föderalismusproblemen in der Krise wäre praktisch eine reine Corona-Debatte gewesen. Gerade deswegen wurde stattdessen das in zahllosen Verfahren relevante Unsicherheits-Thema vorgeschlagen, einen Dauerbrenner des Verfassungsrechts.

c) Hat das Gericht aber, indem es die Ausgangsbeschränkungen gehalten hat, Bürgerinnen und Bürger vergessen? Über jede Gerichtsentscheidung lässt sich seriös streiten. Auch hier. Eine Abwendung von den Menschen lässt sich aber nicht ernsthaft behaupten. Das Gericht hat eine alle ähnlich treffende Maßnahme unbeanstandet gelassen, die einer kleineren Zahl zu weit ging, die größere Zahl aber zum Schutz von Leben und Gesundheit für richtig hielt. Nun entscheidet die Zahl von Befürwortern und Gegnern nie über die Verfassungsmäßigkeit. Genauso wenig darf aber, dass sich nur die Gegner der Ausgangsbeschränkung mit der Verfassungsbeschwerde breit Gehör verschaffen konnten, zu der Annahme verleiten, hier sei eine Entscheidung *gegen* die Bürgerinnen und Bürger gefallen. Will man sich hierauf überhaupt einlassen, hat das Gericht eine Entscheidung zugunsten der prozessual schweigenden Mehrheit derer getroffen, denen der Schutz des Lebens wichtiger war als die befristete Beschränkung ihrer Freiheit zum nächtlichen Ausgang.

Kurzum: Sollte ein Gefühl enttäuschter Liebe entstanden sein, könnten die zugrunde liegenden Annahmen noch einmal überdacht werden.

5. Schließlich – so der fünfte Erklärungsversuch – liegen Gründe für die vehemente Ablehnung der Ausgangsbeschränkung wohl auch im *Prinzipiellen*. Es ist nicht einfach der konkret unterbundene Spaziergang, der die Freiheitserwartung so sehr verletzt, sondern es ist die Enttäuschung der prinzipiellen Freiheitserwartung an sich.

Die Freiheitszusicherung des Grundgesetzes ist umfassend; jede Einschränkung ist begründungsbedürftig. Zwar sind wir genau genommen auf Schritt und Tritt in unserer Freiheit begrenzt: Wir dürfen mit Eigentum nicht machen, was wir wollen, müssen Kinder in die Schule schicken, dürfen nur nach strikten Regeln am Straßenverkehr teilnehmen, müssen uns dabei sogar von durchgezogenen Linien oder roten Lichtern befehligen lassen und so fort. An solche Einschränkungen sind wir aber gewöhnt, und den meisten fällt vieles kaum als staatlicher Freiheitseingriff auf. Anders die nächtliche Ausgangsbeschränkung. Das hat es unter dem Grundgesetz so noch nicht gegeben. Auch wenn es vielen praktisch wenig bedeutet, den Aufenthaltsort nachts beliebig wechseln zu können, so war doch der Ausschluss der bloßen Möglichkeit, auch ohne gesetzlichen Ausnahmegrund noch einmal vor die Tür gehen zu können, etwas wirklich Außerordentliches. Das Bundesverfassungsgericht hat die Ausgangsbeschränkungen entsprechend schwergenommen: Es hat sie nicht bloß an der allgemeinen Handlungsfreiheit, sondern an der Freiheit der Person gemessen. Und es hat festgestellt, dass umfassende Ausgangsbeschränkungen nur in einer äußersten Gefahrenlage in Betracht kommen, die es jeweils konkret zu belegen gilt. Dass die Ausgangsbeschränkung prinzipielle Sorgen ausgelöst hat, ist also durchaus zu verstehen.

## V.

Am Ende drohen - gerade bei sehr prinzipiellem Blick - arg zugespitzte Begrifflichkeiten und Standpunkte allerdings, eine Wahrnehmung von Wirklichkeit zu provozieren, die doch nicht mehr vernünftig erklärt werden kann. Wenn angesichts der Corona-Bekämpfungsmaßnahmen vom Obrigkeitsstaat gesprochen wird, wenn nach den

Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts das Ende des Verfassungsstaates an die Wand gemalt wird, wenn sogar vom Recht auf Widerstand zu lesen ist, das sich doch nach Art. 20 Abs. 4 GG gegen die richtet, die es unternehmen, die verfassungsmäßige Ordnung zu beseitigen, ist das auch bei größter Bereitschaft, an den Drähten der eigenen Standardeinstellung zu rütteln, einfach nicht zu verstehen.

Der Staat hat in der Pandemie Herausforderungen zu bewältigen, um die Menschen einigermaßen unverletzt durch wirklich existenzielle Gefahren für Leben und andere Güter zu bringen. Dazu verpflichtet ihn die Verfassung. Um diesem Auftrag des Grundgesetzes gerecht zu werden, hat der Bundesgesetzgeber im vergangenen Jahr zu Freiheitsbeschränkungen gegriffen, die schwerwiegen; eben auch zu Ausgangsbeschränkungen. Kann man aber ernsthaft glauben, dass hier die verfassungsmäßige Ordnung beseitigt werden sollte, dass Bürgerinnen und Bürgern die Kontrolle der Herrschaft abgeschnitten, dass irgendeine Führungsclique an die Macht gebracht werden sollte? Das wären Kennzeichen eines Obrigkeitsstaates. Nichts davon ist ersichtlich. Eine Ausgangsbeschränkung bedeutet nicht automatisch das Ende unserer verfassungsmäßigen Ordnung. Es kommt wie immer auf Maß und Kontext an: Wer beschränkt die Bewegungsfreiheit warum, wie sehr, wie lange, was noch? Sicher konnte man über Einzelheiten streiten. Von obrigkeitsstaatlichen Maßnahmen unterschied sich das alles aber kategorial.

So richtig es ist, das vermeintlich Offensichtliche in Frage zu stellen, so wichtig ist - und das sagt uns die Fisch-Parabel eben auch - sich und andere nicht in ganz eigene Wahrnehmungen zu hüllen, die den Blick auf das Offensichtliche und seinen Wert versperren. Wären wir Fische, würde es jetzt darum gehen, das uns erhaltend umgebende Wasser als solches zu erkennen und zu würdigen.

## VI.

Für das Neue Jahr wünsche ich allseits Momente der Freiheit, uns leitende Annahmen zu hinterfragen, aber auch das Offensichtliche, zumal wo es in Ordnung geht, nicht aus dem Blick zu verlieren.

---

\* *David Foster Wallace, Das hier ist Wasser/This Is Water, Köln 2012.*